

APA : Busnelli, F. D., & Scalzini, S. (2020). Del código de 2003 al reglamento europeo: la dimensión relacional del modelo europeo de tutela de los datos personales. En O. Woolcot & D. F. Monje-Mayorca (Eds.). *Vicisitudes del derecho a la privacidad (privacy). Cuestiones sobre el tratamiento de datos personales y la responsabilidad civil* (pp. 129-160). Editorial Universidad Católica de Colombia. <https://doi.org/10.14718/9789585133273.2020.6>

Chicago: Busnelli, Francesco Donato y Silvia Scalzini, "Del código de 2003 al reglamento europeo: la dimensión relacional del modelo europeo de tutela de los datos personales". En *Vicisitudes del derecho a la privacidad (privacy). Cuestiones sobre el tratamiento de datos personales y la responsabilidad civil* editado por Olenka Woolcott Oyague y Diego Fernando Monje Mayorca, 129-160. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia. doi: 10.14718/9789585133273.2020.6

## 6 DEL CÓDIGO DE 2003 AL REGLAMENTO EUROPEO: LA DIMENSIÓN RELACIONAL DEL MODELO EUROPEO DE TUTELA DE LOS DATOS PERSONALES

Francesco Donato Busnelli y Silvia Scalzini\*

### Preliminares. La evolución normativa. Argumentos para un encuadre sistemático

La disciplina sobre la materia de los datos personales ha experimentado una evolución constante en Europa y en Italia, hasta la llegada (quizás no definitiva) de una regulación compleja, cuyo punto focal está representado por el Reglamento de la UE 2016/679 (en inglés, General Data Protection Regulation y, en adelante, GDPR), que desde el 25 de mayo de 2018 rige en toda la Unión Europea. Hasta ese momento, en Italia los puntos de referencia estaban constituidos por la Ley 675 de 1996 (antes) y por el Decreto Legislativo 196/2003 (entonces), llamado Código de protección de datos personales, los cuales implementaron las disposiciones de la Directiva 95/46 / CE.

Para entender las consecuencias de tal evolución en el ordenamiento italiano, es necesario partir de la antigua Ley 675 de 1996, que apareció como la primera

\* La contribución comenta sobre la nueva disciplina multinivel para la protección de datos personales, al buscar la continuidad de algunos aspectos principales que lo caracterizan con ideas sistemáticas ya presentes en el modelo anterior. Se actualizan algunas reflexiones ya expresadas en Francesco Donato Busnelli, De la ley al código: un dilema, un desafío, una consolidación regulatoria, una racionalización (imperfecta) de las protecciones, publicada en italiano en Francesco Busnelli, y Massimo Bianca, *La protezione dei dati personali. Commentario al D. Lgs. 30 giugno, 2003, N. 196 "Codice della Privacy"* (Turín: Cedam, 2007), 1.

Silvia Scalzini ha colaborado en la revisión y actualización del presente capítulo. Los apartados 2, 3 y 4 han sido elaborados por el profesor Francesco D. Busnelli, mientras que las secciones 1, 5 y 6 fueron redactadas por la doctora Silvia Scalzini.

Los autores agradecen a la profesora Olenka Woolcott por su apoyo en la traducción del texto.

ley general sobre los derechos fundamentales de la persona humana. En efecto, en el principio de la dignidad de la persona, expresamente mencionado en la regla de apertura (Artículo 1, párrafo 1), parecía encontrarse el punto de partida decisivo para una propuesta de un encuadre sistemático de la ley, entendida no como una fuente de protección absoluta e intransigente de la privacidad, sino más bien como expresión de un modelo relacional, en el que la articulación de los valores que implica la referencia genérica a la privacidad debe equilibrarse con otros valores de rango constitucional, por ejemplo, la (libertad de) información, del modelo, con base en que, al postular que, un equilibrio de intereses tendencialmente conflictivos, la dimensión relacional implicaba una valoración *ex post* del conflicto y, por lo tanto, un enfoque “remedial” en el plano de la responsabilidad civil.

Ahora se trata de verificar en qué medida la nueva disciplina sobre la protección de datos personales —que consiste no solo en el Código en el que la ley se fusiona posteriormente, sino sobre todo en el nuevo GDPR y en las fuentes que se conectan— ofrece nuevas ideas para un encuadre sistemático. Se debe indagar si aún pueden descansar en (algunos) dinteles que tienen el enfoque original; si plantean nuevos problemas o exacerban los ya perceptibles; si pueden asignar a la disciplina de “protección de datos personales” una fisonomía capaz de actuar como modelo reglamentario para proteger la dignidad de la persona incluso más allá de las fronteras europeas.

La primera interrogante se traduce en un dilema; la segunda evidencia un desafío; la tercera permite delinear un banco de prueba, y la cuarta, visualizar un modelo de disciplina.

El intento de trazar una línea de continuidad en esta evolución normativa implica un análisis que, casi con precaución “arqueológica”, para usar las palabras de Giorgio Agamben,<sup>252</sup> recorre las etapas de la transición de la ley de 1996 al Código de 2003, para luego examinar lo que hubiera quedado de esa arquitectura luego de la reciente innovación europea.

Tras abandonar un enfoque basado en la mera armonización de las legislaciones nacionales, el Legislador europeo ha dictado con el GDPR una disciplina uniforme, que se ha convertido en la principal fuente normativa en materia de protección de datos personales. Los Estados miembros de la UE, incluida Italia,

252 Giorgio Agamben, *Signatura rerum. Sul metodo* (Milán: Bollati Boringhieri, 2008), 8.

se limitan a ejercer los poderes regulatorios expresamente reconocidos por el GDPR, así como a dar aplicación a las innovaciones introducidas con el GDPR al eliminar las normas incompatibles con el Reglamento de sus propios sistemas legales. Con el Artículo 13 de la Ley 163/2017, el Legislador italiano ha delegado al Gobierno la adopción de decretos legislativos que modifican el Código de 2003.

El Código de Privacidad italiano, por lo tanto, ha perdido el papel de punto de apoyo normativo y, a raíz del Decreto Legislativo de adaptación de la legislación nacional n. 101 de 2018, se revisó profundamente y se le asignó una función casi auxiliar respecto al Reglamento. El propósito del nuevo Código es, en efecto, la de prever “disposiciones para la adaptación del reglamento nacional a las disposiciones del Reglamento”.<sup>253</sup>

Los siguientes párrafos están estructurados como un diálogo entre el enfoque antiguo y el nuevo.

### **El dilema. El “derecho a la protección de los datos personales”: ¿Elemento de fractura o motivo de integración?**

En la norma de apertura del Código de 2003, la identificación de un “nuevo” derecho —el derecho a la protección de los datos personales—, al cual se le atribuía el valor de “primer” principio general, parecía sugerir al intérprete, por lo menos en una primera lectura, un argumento disonante respecto al encuadre sistemático propuesto por la ley y tendencialmente referible al conjunto de las reglas que habían sido transferidas al Código, sin cambios relevantes.

Parecería resurgir, categóricamente, un perfil propietario idóneo para caracterizar la pertenencia del dato al titular del derecho, de conformidad con una concepción “cosificante” que postula el carácter absoluto de la tutela y el consiguiente carácter refractario a cualquier técnica de ponderación con valores diversos: una concepción nueva que, no solo en Italia, ha contado con el aval de juristas autorizados, pero que también parecería ya superada por una visión constitucional más abierta a la comparación de los valores que inspiran los derechos fundamentales de la persona humana; esta, por su parte, desaparecía de los primeros artículos del Código, sustituida por la referencia indistinta a “cualquiera”<sup>254</sup>

<sup>253</sup> Italia, Parlamento de la República, *Decreto Legislativo 196 de 2003*, art. 2.

<sup>254</sup> Italia, Parlamento de la República, *Decreto Legislativo 196 de 2003*, art.1.

y por la genérica —osaría decir: burocrática— indicación de cualquier sujeto “interesado”.<sup>255</sup> No se tenía más una “tutela de las personas [entendidas claramente como personas humanas] y de otros sujetos respecto al tratamiento de los datos personales”<sup>256</sup> (este era el título de la ley): una tutela que había sido creada por el Legislador de 1996 como “garantía” del “respeto de los derechos, de las libertades fundamentales y también de la dignidad de las personas físicas”, con extensión de la garantía “además [a] los derechos de las personas jurídicas y de todo otro ente o asociación”.<sup>257</sup>

A la primacía de la persona humana y a la centralidad del principio de la dignidad, parecía contraponerse la prioritaria atención por un derecho específico, de no muy amplio respiro, pero de carácter genérico, referible a cualquier sujeto jurídico. Se podía proyectar el paso de una tutela modelada sobre el rango de los “derechos inviolables del hombre” y extensible a otros sujetos, desde una óptica de respeto de las “formaciones sociales en donde se desarrolla su personalidad”<sup>258</sup> a una tutela, por así decirlo, a ultranza, pero al mismo tiempo indiferente y sectorial.

En un neto contraste con este argumento disonante que podría desprenderse de la lectura de los primeros artículos del Código, se ubicaba, como ya se ha indicado, el conjunto de las normas que ha sido transportado de la Ley al Código y constituía la trama esencial. Pero no solo eso: algunas normas “nuevas” parecían acoger la permanente vitalidad del modelo delineado por la Ley, evocando, en cuanto a los “principios” aplicables al tratamiento de datos sensibles y judiciales, la exigencia primaria de respeto de los derechos, de las libertades fundamentales y de la dignidad del interesado.

De esta forma se expresaba, para ambas categorías de datos y con referencia al tratamiento por parte de los “sujetos públicos”, el Artículo 22, párrafo 1, ahora abrogado y confluido en el art. 2 ter del Código de la Privacidad. En lo que a los datos sensibles se refiere, en particular a los “datos personales en el ámbito sanitario”, el Artículo 83 prescribía que los sujetos legitimados al tratamiento debían

<sup>255</sup> Italia, Parlamento de la República, *Decreto Legislativo 196 de 2003*, art. 2.

<sup>256</sup> Italia, Parlamento de la República, *Decreto Legislativo 196 de 2003*, art. 1.

<sup>257</sup> Italia, Parlamento de la República, *Decreto Legislativo 196 de 2003*, art. 1, párr. 1.

<sup>258</sup> Italia, Parlamento de la República, *Constitución de la República Italiana* (Roma, 1947), art. 2.

adoptar “medidas idóneas para garantizar, en la organización de las prestaciones y de los servicios, el respeto de los derechos, de las libertades fundamentales y de la dignidad de los interesados”.<sup>259</sup>

Respecto a los datos judiciales, sobre todo a los “datos identificativos de los interesados”, el Artículo 53, párrafo 2, facultaba (y aún lo hace) a la autoridad judicial, “como tutela de los derechos o de la dignidad de los interesados”, a indicar en las resoluciones jurisdiccionales, incluso a falta de requerimiento por parte del interesado —quien, por otro lado, se encuentra legitimado a dicho requerimiento solo por “motivos legítimos”<sup>260</sup> y, por lo tanto, “de oficio”, una anotación dirigida a precluir la indicación de las generales de ley y de otros datos que identifiquen al mismo interesado.

Es aquí donde afloraba el dilema. El intérprete era llamado a aclarar si el argumento disonante que podía ser deducido de los primeros artículos del Código fuera tal para sugerir una relectura de la entera regulación en función precipua de la tutela del “derecho a la protección de los datos personales”, dejando en segundo plano el “respeto de los derechos y de las libertades fundamentales, y también de la dignidad del interesado” o si, por el contrario, este podía ser redimensionado y reabsorbido dentro del encuadre sistemático ya propuesto por la interpretación de la Ley y que ahora se vuelve a proponer para la interpretación del Código.

A tal fin, se pueden resumir algunos argumentos a favor de la solución propuesta en segundo lugar (A) y recordar el consiguiente esfuerzo de racionalizar, desde la óptica de una reabsorción del “nuevo” derecho en la “antigua” construcción sistemática (B).

A) Una opción a favor de la segunda solución se funda en los siguientes argumentos.

- a) En primer lugar, debía ser valorada la escasa verosimilitud de la atribución a un decreto legislativo, como hace el Código, de la “licencia” (que no se le ha atribuido de manera explícita por la ley delegatoria) para modificar radicalmente los “principios generales” solemnemente proclamados por la Ley de 1996.

<sup>259</sup> Italia, Parlamento de la República, *Decreto Legislativo 196 de 2003*, art. 83, párr. 1, ahora derogado y confluído en los Artículos 9 GDPR y 2 —septies del Código.

<sup>260</sup> Italia, Parlamento de la República, *Decreto Legislativo 196 de 2003*, art. 52, párr. 1.

- b) La posibilidad de reconstruir una clara “intención del Legislador”, en el sentido de la primera solución, sobre la base de los “trabajos preparatorios” del Código, se daba por descontada. Vale la pena recordar que la Comisión para el estudio del régimen jurídico del tratamiento de los datos personales,<sup>261</sup> nombrada por el ministro para la Función Pública el 8 de noviembre de 2001 y presidida por el profesor Massimo Bianca, en un primer proyecto de código había elaborado dos fórmulas definitivas de dicha norma (y del art. 2): el código regula los tratamientos de los datos personales y garantiza a cualquiera la protección de los datos personales que le conciernen [Hipótesis A]; por otra parte, las disposiciones del código garantizan que el tratamiento de los datos personales se desarrolle en el respeto de los derechos, las libertades fundamentales y la dignidad de las personas físicas, con particular referencia a la vida privada, a la identidad personal y al derecho a la protección de los datos personales [Hipótesis B] y garantizan los derechos de las personas jurídicas y de todo ente de asociación. Como tendremos ocasión de ver más adelante (B), dichas hipótesis daban luces sobre la real intención del Legislador.
- c) Había normas posteriores a la ley, recibidas por el Código, que confirman la gradualidad de la protección de los datos personales y la permanente vitalidad del modelo relacional. Se recuerdan las disposiciones del Artículo 17 y del Artículo 24, párrafo 1,<sup>262</sup> lit. g, introducidas ambas como “modificaciones e integraciones a la Ley 675 de 1996”, por el Decreto Legislativo 467 del 28 de diciembre de 2001, ahora derogadas y sustituidas por nuevas disposiciones del Reglamento que, no obstante el cambio de la arquitectura, mantienen la perspectiva descrita. La gradualidad de la protección estaba confirmada por la primera de ellas cuando, al dictar una regla válida “para todos los tratamientos”, se refería a las hipótesis —no contempladas expresamente por la Ley— de

<sup>261</sup> Regula los tratamientos de los datos personales y garantiza a cualquiera la protección de los datos personales.

<sup>262</sup> Italia, Parlamento de la República. *Decreto Legislativo 467 de 2001*, “Disposiciones correctivas y complementarias de la legislación de protección de datos personales, de conformidad con el art. 1 de la Ley n. 127 del 24 de marzo de 2001” (Roma: *Gaceta Oficial de la República Italiana*, 16 de enero de 2002), arts. 17 y 24.

tratamiento de los datos diferentes de los sensibles y judiciales que presentan riesgos específicos para los derechos y las libertades fundamentales, y también para la dignidad del interesado y prevé posibles “medidas y advertencias en garantía del interesado [...] prescritos por el Garante en aplicación de los principios sancionados por el presente código”. La garantía del interesado estaba, por lo tanto, expresamente relacionada no tanto con el específico “derecho a la protección de los datos personales” (que aquí no se mencionaba), sino más bien de manera general a los derechos y a las libertades fundamentales y también a la dignidad del interesado mismo; no se traducía en una tutela a ultranza, pero se articula en una protección modulada en relación a la naturaleza de los datos o a las modalidades del tratamiento o a los efectos que puede determinar.

La segunda norma sobre el tratamiento de datos personales por parte de los particulares o de entes públicos económicos servía, por otra parte, para confirmar la dimensión relacional del modelo y proponía la necesidad de una ponderación entre el “legítimo interés” del titular (o de un tercero destinatario de los datos) y los derechos y las libertades fundamentales, la dignidad o un legítimo interés del interesado.

- d) La regla del consentimiento del interesado al tratamiento de sus datos personales, que habría debido constituir un aspecto imprescindible para acreditar un derecho específico a la protección de dichos datos entendidos en términos de pertenencia, ya no ha sido incluida entre las normas dedicadas a los derechos del interesado —como ocurría con la Ley (art. 11)—, pero ha sido trasladada al Código entre las “reglas ulteriores para particulares y entes públicos económicos”,<sup>263</sup> de modo que, si ya al comentar el Artículo 11 de la ley se dudaba sobre la posibilidad de hablar de un principio general del consentimiento, las dudas aumentaban a causa del carácter “ulterior” atribuido a la regla que pasó casi intacta del Artículo 11 de la Ley al Artículo 23 (ahora derogado).
- e) Soportaba el argumento de la comparación. La ley francesa sobre la “protección de las personas físicas con respecto a los tratamientos

263 .....  
Italia, Parlamento de la República, *Decreto Legislativo 196 de 2003*, art. 23.

de datos personales”,<sup>264</sup> modificaba la ley precedente, relativa “a la informática, a los archivos y a las libertades”<sup>265</sup> (Loi n° 78-17 - 1978), pero dejaba intacta la norma de apertura: “La informática [...] no debe causar perjuicio ni a la identidad personal, ni a los derechos humanos, ni a la vida privada, ni a las libertades individuales o públicas”<sup>266</sup> e introducía un nuevo régimen jurídico de tutela de los “derechos de las personas”, fundado en la regla general por la cual toda persona física tiene el derecho de oponerse, por un motivo legítimo, a que los datos personales que la conciernen sean objeto de un tratamiento, dando por sentado que dicha regla no se empleaba “cuando el tratamiento responde a un deber legal o cuando la aplicación de la regla misma ha sido excluida por una disposición expresa del acto que autoriza el tratamiento”.<sup>267</sup> Faltaba, como se puede notar, la proclamación de un derecho específico a la protección de los propios datos personales; existía la identificación de un criterio de ponderación (en términos de prevalencia de las oposiciones fundadas en un “motivo legítimo”); fueron confirmados los valores fundamentales (identidad personal, derechos humanos, privacidad, libertad individuales) en el cual basar dicho criterio. Esta era la perspectiva prevista por la Directiva comunitaria de 1995. Incluso con anterioridad, era esta la finalidad enunciada por la Ley alemana de 1990 (Bundesdatenschutzgesetz), que había inspirado la Directiva: “La finalidad de esta Ley es proteger a los individuos para que a través de una interferencia con los propios datos personales, estos no sean perjudicados en su (general) derecho a la personalidad”.<sup>268</sup> La ley italiana de 1996 se había uniformizado en esta dirección europea.

<sup>264</sup> Francia, Parlamento de la República, *Ley 801 de 2004*, “Relativa a la protección de las personas con respecto al procesamiento de datos personales y que modifica la ley n° 78-17 del 6 de enero de 1978 relativa al procesamiento de datos, archivos y a las libertades”.

<sup>265</sup> Francia, Parlamento de la República, *Ley 17 de 1978*, “Relativa al procesamiento de datos, archivos y libertades”.

<sup>266</sup> Francia, Parlamento de la República, *Ley 801 de 2004*.

<sup>267</sup> Francia, Parlamento de la República, *Ley 78 de 2004*, art. 38.

<sup>268</sup> Italia, Parlamento de la República, *Ley 675 de 1996*, art. 1.



No se ve por qué razón el Código de la privacidad debía disociarse de dicha orientación.

B) En cuanto al intento de racionalizar el “nuevo” derecho en la “antigua” estructura sistemática, la hipótesis más banal de formular estaba representada por la reconstrucción de la “intención del Legislador” al introducir el Artículo 1 del Código.<sup>269</sup> A diferencia del Legislador francés de 2004, el Legislador italiano delegado de 2003 había entendido trasplantar a la fuerza la previsión del Artículo II-68, párrafo 1, de la Constitución europea,<sup>270</sup> y establecerla solemnemente como apertura del Código, sin una particular *arrière-pensée* de incidir la consolidada trama normativa de la ley de 1996. Sin embargo, en esta operación de trasplante no se había tenido en consideración que el principio afirmado en la norma trasplantada —que tenía una validez de declamación, más que de proclamación— no podía ser desarticulada de la regla dictada por el segundo párrafo de la misma norma, según la cual “los datos personales deben ser tratados correctamente, con objetivos determinados y sobre la base del consenso de la persona interesada o en virtud de un fundamento legítimo diverso previsto por la Ley”.<sup>271</sup> He aquí entonces que, mediante este ulterior trasplante implícito, el rol del “nuevo” derecho podía ser redimensionado y la previsión del Artículo 1 podía ser reabsorbida en la “antigua” estructura normativa.

Al final, el dilema se puede disolver y se resuelve como también la antinomia entre los primeros artículos del Código que mencionan el “nuevo” derecho a la protección de los datos personales, pero les atribuyen, en una primera lectura, un rol diverso: en el Artículo 1, el rol privilegiado del derecho fundamental que con su absolutidad vincula al intérprete; en el Artículo 2, el de un derecho (*rectius*, de un interés) que, junto con otros, vale para integrar el complejo de los derechos y las libertades del interesado y para connotar la dignidad personal en una perspectiva relacional.

<sup>269</sup> Entró en vigencia el 1 enero de 2004: Italia, Parlamento de la República, *Decreto Legislativo 196 de 2003*, art. 1.

<sup>270</sup> Unión Europea, Parlamento, *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* (Luxemburgo: Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, 2004), art. II, 68 comma 1.

<sup>271</sup> Italia, Parlamento de la República, *Decreto Legislativo 196 de 2003*, art. 1 comma 2.

Superar la antinomia dirigiéndose a la absolutidad del derecho a la protección de los datos personales deducibles de una lectura aislada del Artículo 1 significaría necesariamente introducir una contradicción insuperable con el Artículo 2, que mira a “relativizar” ese derecho insertándolo en el contexto más general de la garantía de los derechos y de las libertades fundamentales y también de la dignidad de las personas interesadas.

Queda el otro modo de superar la antinomia y de disolver definitivamente el dilema de partida al privilegiar una lectura conjunta de las dos normas centrada en la previsión analítica del Artículo y dejar al Artículo 1 el rol declamatorio de síntesis del complejo normativo total.

Un incipit declamatorio es una opción estilística a la cual el Legislador (delegado) italiano recurre voluntariamente. Piénsese, por ejemplo, en el Artículo 1 del Código del Consumo,<sup>272</sup> que afirma solemnemente el “fin de asegurar un elevado nivel de tutela de los consumidores y de los usuarios” y es una opción totalmente inocua, si no conduce a alterar la disposición normativa que este trata de sintetizar, lo que no ocurre si se opta por la interpretación propuesta en esta sede.

Por lo tanto, si se pudiera rastrear una continuidad sustancial entre el enfoque relacional del modelo de protección de datos personales propuesto por la Ley y el Código de 2003, sería necesario repensar el destino de ese dilema o, quizá, reformularlo en términos renovados, frente al nuevo marco regulatorio. Tras la entrada en vigor de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, el derecho a la protección de datos personales se reconoce como un derecho fundamental (art. 8, Carta). El derecho a la protección de datos personales ahora se absorbe en la nueva formulación del Artículo 1.1 del Código actualizado, por la referencia al “respeto por la dignidad humana, los derechos y libertades fundamentales de la persona”. Además, el nuevo Reglamento establece (pero no define) este derecho y dispone claramente que “el derecho a la protección de datos personales no es una prerrogativa absoluta, sino que debe considerarse a la luz de su función social y debe conciliarse con otros derechos fundamentales, de conformidad con el principio de proporcionalidad”.<sup>273</sup> ¿Es esta una confirmación

<sup>272</sup> Italia, Parlamento de la República, *Decreto Legislativo 206 de 2005*, “Código del Consumo” (Roma, 6 de septiembre de 2005), art. 1.

<sup>273</sup> Unión Europea, Parlamento y Consejo, *Reglamento 2016/679*, considerando 4.

• Del código de 2003 al reglamento europeo... •

definitiva del modelo relacional o las nuevas reglas son una evolución de ese modelo?

## La llegada de los Códigos de deontología y de buena conducta: un desafío a la “ciudadela” de las fuentes del derecho

Un segundo enfoque sistemático que surgía en el pasar de la Ley al Código estaba constituido por la atención a la dimensión ética y deontológica. El Código en materia de protección de los datos personales mostró tener plena confianza en el recurso a los Códigos de deontología y de buena conducta —así los denominaba la rúbrica del ya abrogado Artículo 12—<sup>274</sup> para acreditar cánones de ética profesional en el tratamiento de dichos datos y, en específico, con la precisa intención de asegurar concreción operativa al criterio de corrección que el Artículo 11 adicionaba al de licitud.

En el fondo, se destacaba una necesidad de deontología y de códigos deontológicos, que aumentaba de conformidad con la progresiva desaparición de una ética unánimemente compartida, a la cual, no obstante, continuaba haciendo referencia el Código Civil italiano cuando en su Artículo 2034 habla expresamente de “deberes morales y sociales”, cuya espontánea ejecución da vida a una “obligación natural”.<sup>275</sup> Pero las “obligaciones naturales” (las obligations naturelles evocada por el Code napoleónico en el art. 1235) postulan un derecho natural”, “celebrado extensivamente como alma misma del código, fue rápidamente olvidado, y posteriormente devino en objeto de escarnio despectivo”.<sup>276</sup> El derecho renuncia entonces a promover una moral como presupuesto. En una palabra, el derecho se hace “dúctil”<sup>277</sup> y se abren así espacios sin límites —y todavía escasamente explorados— a las reglas deontológicas.

Ejemplar en dicho sentido, así como por su estrecha vinculación con la exigencia de protección de los datos personales, es la evolución de lo que puede definirse como el código pionero, es decir, el Código de deontología médica.

<sup>274</sup> Italia, Parlamento de la República, *Decreto Legislativo 196 de 2003*, art. 12.

<sup>275</sup> Italia, Parlamento de la República, *Regio Decreto del 16 de marzo de 1942 (Código Civil)*, arts. 2034 y 1235.

<sup>276</sup> Guido Fassò, “La scienza e la filosofia del diritto” en *Scritti della filosofia del diritto*, eds. E. Pattaro, C. Taralli y G. Zucchini, Tomo III (Milán: Giuffrè, 1982), 1161.

<sup>277</sup> Puede verse Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia* (Turín: Giappichelli, 1992).

Cuando en 1958 Giovanni Cattaneo escribía el ahora clásico volumen sobre la “responsabilità del professionista”,<sup>278</sup> no había ni siquiera señas de un código como tal, aunque se advertía la necesidad de seguir el ejemplo ofrecido por Francia que, desde 1947, se había dado un (primer) Code de déontologie médicale. Ahora bien, antes de que concluyera el siglo pasado, el Código de deontología médica francés, publicado en su primera edición en 1958, había llegado a la séptima versión.

El Código en materia de protección de los datos personales no mencionaba al Código de deontología médica —no obstante el primero dedicara una atención especial a la protección de los datos sensibles que conciernen a la salud, de los que el segundo no dejaba de hacerse cargo—, aunque fuera incidentalmente ni hacía referencia a otros códigos deontológicos ya consolidados, como el de deontología forense.

En desarrollo del programa delineado por la Ley 675/1996<sup>279</sup> (art. 31, párrafo 1, lit. h), en plena sintonía con la Directiva Comunitaria 95/46, este apuntaba a identificar nuevos códigos deontológicos que comprenden “los sujetos públicos y privados, comprendidos allí las sociedades científicas y las asociaciones profesionales, interesadas en el tratamiento de los datos para fines históricos”<sup>280</sup> o para “fines estadísticos o científicos”;<sup>281</sup> “los sujetos públicos y privados en el tratamiento de los datos personales efectuado para finalidades de seguridad social o para la gestión de la relación de trabajo”;<sup>282</sup> los sujetos privados que gestionan sistemas informativos “utilizados con fines de concesión de créditos al consumo o de cualquier forma que comprende la confianza y la puntualidad en los pagos por parte de los interesados”<sup>283</sup> o los sujetos que efectúan el tratamiento de los datos personales “con fines de información comercial”;<sup>284</sup> “los proveedores de servicios de comunicación e información ofrecidos mediante redes de comunicación

<sup>278</sup> Giovanni Cattaneo. *La responsabilità del professionista*. (Milán: Giuffrè, 1858), 1 y ss.

<sup>279</sup> Italia, Parlamento de la República, *Ley 675 de 1996*, art. 31.

<sup>280</sup> Italia, Parlamento de la República, *Decreto Legislativo 196 de 2003*, art. 102.

<sup>281</sup> Italia, Parlamento de la República, *Decreto Legislativo 196 de 2003*, art. 106.

<sup>282</sup> Italia, Parlamento de la República, *Decreto Legislativo 196 de 2003*, art. 119.

<sup>283</sup> Italia, Parlamento de la República, *Decreto Legislativo 196 de 2003*, art. 117, hoy abrogado.

<sup>284</sup> Italia, Parlamento de la República, *Decreto Legislativo 196 de 2003*, art. 118, hoy abrogado.

• Del código de 2003 al reglamento europeo... •

electrónica”;<sup>285</sup> los sujetos que efectúan el tratamiento de los datos personales “con instrumentos electrónicos de revelación de imágenes”;<sup>286</sup> los sujetos, “en particular profesionales independientes o sujetos que ejercen una actividad de investigación privada”, que efectúan el tratamiento de los datos personales “para el desarrollo de investigaciones de defensa [...] o para hacer valer o defender un derecho en sede judicial”;<sup>287</sup> los sujetos que efectúan el tratamiento de los datos personales “con fines de expedición de material publicitario o de venta directa, o para el cumplimiento de investigaciones de mercado o de comunicación comercial”.<sup>288</sup>

A la “novedad” de las profesiones identificadas por el Código corresponde una “innovación” en lo que respecta a la formación y al ámbito de operatividad de los relativos Códigos de deontología y de buena conducta.

Su formación era —y es— el fruto de un proceso complejo: se trata de códigos promovidos, en observancia del principio de representatividad, por el garante, quien se encuentra obligado a verificar su “conformidad a las leyes y a los reglamentos, también a través del examen de observaciones de sujetos interesados”, además de “contribuir a garantizar su difusión y respeto”.<sup>289</sup>

Su ámbito de operatividad se distinguía del tradicionalmente propio de los “antiguos” códigos deontológicos: era más extenso, en tanto los “nuevos” códigos eran —y continúan sin estar— necesariamente vinculados a la existencia de una orden profesional; era más circunscrito, en tanto ellos apuntaban a especificar, sector por sector, las modalidades del tratamiento de los datos personales<sup>290</sup> y, en dicho contexto, a asegurar “la licitud y corrección del tratamiento” mismo.<sup>291</sup>

Finalmente, era —y lo es actualmente, en cuanto a que las normas respectivas quedaron invariadas— peculiar el Código deontológico para el ejercicio de la

<sup>285</sup> Italia, Parlamento de la República, *Decreto Legislativo 196 de 2003*, art. 133, hoy abrogado.

<sup>286</sup> Italia, Parlamento de la República, *Decreto Legislativo 196 de 2003*, art. 134, hoy abrogado.

<sup>287</sup> Italia, Parlamento de la República, *Decreto Legislativo 196 de 2003*, art. 135, hoy abrogado.

<sup>288</sup> Italia, Parlamento de la República, *Decreto Legislativo 196 de 2003*, art. 140, hoy abrogado.

<sup>289</sup> Italia, Parlamento de la República, *Decreto Legislativo 196 de 2003*, art. 12, hoy confluído en el art. 2 quarter del Código actualizado.

<sup>290</sup> Italia, Parlamento de la República, *Decreto Legislativo 196 de 2003*, art. 11, párr. 1, lit. a) (ya no en vigor).

<sup>291</sup> Italia, Parlamento de la República, *Decreto Legislativo 196 de 2003*, art. 12, párr. 3 (ya no en vigor).

profesión de periodista, ya identificado como tal por la Ley 675/1996 y vuelto a proponer en una fórmula abierta a todas las “actividades periodísticas”, prescindiendo de la cualificación profesional de quien ejerciera tales actividades: aquí se estaba en presencia de un código que postulaba un singular “procedimiento de cooperación” entre el Consejo nacional de la orden de los periodistas y el garante, quien estaba legitimado a “prescribir eventuales medidas y dispositivos como garantía de los interesados, que el Consejo estaba obligado a recibir”, sin perjuicio de la legitimación del garante para proceder “en vía sustitutiva” en caso de un eventual incumplimiento del referido Consejo.<sup>292</sup>

Se volvía a plantear, en términos renovados, el antiguo problema de la naturaleza de las normas deontológicas, apresuradamente liquidado mediante la fórmula recurrente de la Corte de Casación de acuerdo con la cual “las reglas de deontología profesional se refieren a preceptos extrajurídicos, o a reglas internas a la categoría, y no a actos normativos”.<sup>293</sup>

Esta afirmación merecía ser reexaminada y, por lo tanto, redimensionada, a la luz de un análisis que fuera útil para poner a confrontación dichas reglas con las innovaciones legislativas a las que se ha hecho referencia.

Al respecto, es necesario remarcar cómo las recientes intervenciones normativas en materia de tratamiento de datos personales (que van de la Ley 675/1996 al Código de 2003) habían introducido una diversificación de especies (o, quizá, de modelos) dentro del genus tradicional Código de deontología.

Al lado de los Códigos deontológicos tradicionales, por así decir, enteramente confiados a la autonomía de las órdenes profesionales, han sido identificados numerosos Códigos de deontología y de buena conducta promovidos y sometidos a verificación por el garante, de conformidad con un modelo que podría definirse “de formación controlada”, y un código (el “Código de deontología relativa a actividades periodísticas”) que prevé la total implicación del garante en la formación del Código mismo, de conformidad con un modelo que podría definirse “de formación participada”. Para estos nuevos modelos de códigos deontológicos, era difícil continuar hablando de “preceptos extrajurídicos” y de “reglas internas de

<sup>292</sup> Italia, Parlamento de la República, *Decreto Legislativo 196 de 2003, art. 12, párr. 2-3*, (actualmente contemplado en el art. 2 quarter y art. 139 del Código actualizado).

<sup>293</sup> Italia, Corte Suprema de Casación, Civil, *Sentencia núm. 10644, del 4 de junio de 2004*.

la categoría”. En particular, el Código deontológico para las actividades periodísticas ha sido autorizadamente definido como “una nueva fuente normativa secundaria, si bien atípica, del ordenamiento estatal”.<sup>294</sup>

La introducción de los nuevos modelos no podía dejar de repercutir en la cualificación del modelo tradicional de Código deontológico, no tanto en el sentido de incidir sobre la autonomía de las órdenes profesionales, sino más bien de acreditar siempre más el principio —enunciado por los nuevos modelos del Artículo 12, párrafo 3<sup>295</sup> respecto al tratamiento de los datos personales— del “respeto de las disposiciones contenidas en los códigos [de deontología]” como “condición esencial para la licitud y la corrección” de la actividad profesional de vez en cuando contemplada.

No es casualidad que la doctrina más atenta no hubiera dejado de atribuir a las reglas deontológicas un rol de determinación y de especificación de “principios y de cláusulas generales del ordenamiento jurídico”.<sup>296</sup> Basta pensar en la importancia que pueden asumir las reglas de los códigos deontológicos que se refieren al “correcto *ejercicio de la profesión*”<sup>297</sup> o, todavía más precisas, al “deber de desarrollar la propia actividad profesional con lealtad y corrección”,<sup>298</sup> para el juez civil llamado a aplicar la “cláusula general”<sup>299</sup> o, por lo que aquí interesa, el principio de corrección reclamado en materia de protección de los datos personales por el relativo Código en su Artículo 11 antes citado o a la relevancia decisiva que vienen a asumir, por el mismo intérprete, las reglas de los códigos deontológicos que imponen y especifican el empleo de “cumplir los

<sup>294</sup> Puede verse Ugo de Siervo, “Dignità delle persone e diritto all’informazione nel codice previsto dall’art. 25 della l. n. 675/1996” en *Scritti in onore di Leopoldo Elia*, ed. Alessandro Pizzorusso (Milán: Giuffrè, 1999), 454; “Un travolgente processo di trasformazione del sistema delle fonti a livello nazionale” en *Osservatorio sulle fonti 1998*, ed. Ugo de Siervo (Turín: Giappichelli, 1999); “Codes de conduite: différents modèles et aspects” (ponencia presentada en el Spring Conference of European Data Protection Commissioners, Helsinki, 14-16 de abril, 1999).

<sup>295</sup> Italia, Parlamento de la República, *Decreto Legislativo 196 de 2003*, art. 12, párr. 3.

<sup>296</sup> Puede verse Alessandra Belletti, “Codice deontologico medico e tutela del paziente”, *Rivista di diritto civile*, núm. 2 (1995): 577.

<sup>297</sup> Ordine dei Medici, *Codice di Deontologia Medica* (Turín, 18 de mayo de 2014), art. 1.

<sup>298</sup> Consiglio Nazionale Forense, *Codice deontologico forense* (Roma, 31 de enero de 2014), art. 6.

<sup>299</sup> Italia, Parlamento de la República, *Regio Decreto del 16 de marzo de 1942 (Código Civil)*, art. 1175.

propios deberes profesionales con diligencia”<sup>300</sup> a los fines de la aplicación del Artículo 1176, párrafo 1 del Código Civil italiano o<sup>301</sup> —esta vez bajo el aspecto de la licitud— del mismo Artículo 11 del Código de 2003.

De esta manera, parecía poderse concluir que el silencio del código respecto a los Códigos deontológicos tradicionales no debía entenderse en términos de rechazo de sus contenidos o indiferencia respecto a su relevancia, sino en el sentido de un reconocimiento implícito de las reglas relativas en la medida y, dentro de los límites, en las que valieran para determinar o especificar principios o reglas dictadas por el mismo Código en materia de protección de los datos personales.

La enigmática penetración de las reglas deontológicas en el ordenamiento jurídico, iniciada desde hace algún tiempo, gracias también al impulso directo o indirecto imprimido por las intervenciones normativas que van de la Ley 675/1996 al Código de 2033, parecía salir “al descubierto” y trasladarse más allá del terreno de la corrección para rozar, con un impulso innovativo que está aún por verificarse, el campo de la licitud. Pero para justificar un impulso similar a la luz de la teoría general de las fuentes del derecho, no había necesidad de invocar el principio de subsidiariedad,<sup>302</sup> de proclamar “la formación negocial del derecho”<sup>303</sup> o incluso de elogiar a “un droit sans l'état” de Cohen-Tanugi.<sup>304</sup> Tal vez, era suficiente volver a leer las páginas (olvidadas muy a menudo) de Salvatore Romano dedicadas a la autonomía y a los ordenamientos jurídicos privados, para reconstruir, sin incomodar la enseñanza del gran *Padre* (*Salvatore Romano*), *las bases teóricas para una interpretación sistemática que no está dirigida —entiéndase— a marginar el ordenamiento estatal, sino más bien a reconducir al sistema aquella “multiplicidad de fuentes que es, a su vez, expresión —la observación es de Gustavo Zagrebelsky—*<sup>305</sup> de un pluralismo de ordenamientos

<sup>300</sup> Consiglio Nazionale Forense, *Codice deontologico forense*, art. 8.

<sup>301</sup> Italia, Parlamento de la República, *Regio Decreto del 16 de marzo de 1942 (Código Civil)*, art. 1176, par. 1.

<sup>302</sup> Puede verse Gaetano Piepoli, “Autodisciplina professionale e codici deontologici: una prospettiva europea”, *Quaderni di diritto privato europeo* 1, (1997); Fabrizio Criscuolo, *L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti* (Nápoles: Scientifiche italiane, 2000); Remo Danovi, *Codici deontologici* (Milán: EGEA, 2000).

<sup>303</sup> Puede verse Nicolò Lipari, “La formazione negoziale del diritto”, *Rivista diritto civile* I, (1987): 307-328.

<sup>304</sup> Laurent Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'État: sur la démocratie en France et en Amérique* (Paris: PUF, 1985).

<sup>305</sup> Zagrebelsky, *Il diritto*.



• Del código de 2003 al reglamento europeo... •

‘menores’ que viven *en las sombras de lo estatal*”, *distinguido de este último, pero revelando su “juridicidad intrínseca”*.<sup>306</sup>

Las aperturas en este sentido han sido confirmadas por algunas decisiones recientes del Garante, que han encontrado elementos para evaluar la legalidad de los tratamientos a partir de las prescripciones deontológicas.<sup>307</sup>

Este es el desafío de los Códigos deontológicos, antiguos y nuevos, en la “ciudadela” de las fuentes del derecho. El Código en materia de protección de los datos personales ha sido, directa o indirectamente, un incontestable protagonista de este desafío.

### La apertura a los Códigos deontológicos entre esperanzas y temores. La regla de la corrección, responsabilidad civil

Tras la esperanza de una recuperación de la dimensión ética de las profesiones (*rectius*, de las actividades) interesadas en el tratamiento de los datos personales, mediante la apertura hacia los Códigos deontológicos, existía el temor, por así decir, de que fuera solo un “canto del cisne” y, además, la incógnita de una perspectiva —algunas veces temida y otras, apreciada— de la “muerte de la bioética”.<sup>308</sup>

No faltaban las señales en dicho sentido y convocaban la tecnología, el mercado y las corporaciones.

- a) De conformidad con los dictados filosóficos del nihilismo, “la ley ‘moral’ suprema es actuar asumiendo como forma del actuar, la voluntad de incrementar al infinito la potencia de la técnica”.<sup>309</sup> Por lo tanto, las reglas deontológicas, así como las normas jurídicas —esta es, por ejemplo, la conclusión de Emanuele Severino— “que todavía se ilusionan por regular la técnica, están destinadas a transformarse de reglas a reguladas”.<sup>310</sup> Por

<sup>306</sup> Giuseppe Conte, “Sulla libertà dei privati di configurare il procedimento di formazione del contrattor imeditando la lezione di Salvatore Romano”, *Giustizia civile*, núm. 3 (2017): 136.

<sup>307</sup> Véanse las disposiciones del Garante para la protección de datos personales del 18 de enero de 2018, 19 de octubre de 2017, 12 de octubre de 2017 sobre el Código de información comercial. <https://www.garanteprivacy.it/>

<sup>308</sup> Jonathan Baron, *Against Bioethic* (Cambridge: MIT Press, 2006).

<sup>309</sup> Emanuele Severino y Natalino Irti, *Dialogo su diritto e tecnica* (Bari: Laterza, 2001), 34.

<sup>310</sup> Severino e Irti, *Dialogo su diritto e tecnica*, 36.

- lo tanto, se anunciaba una tecnología “aplastante”, ¿Entonces, se debía especular una muerte de la deontología por aplastamiento?
- b) Las tendencias económicas basadas en la exaltación del mercado y en la capacidad de este último de “economize on morality” (la expresión es de Henry Hansmann,<sup>311</sup> que propone un “mercado de órganos”) han contribuido a alimentar la tendencia a valorar “la deontología profesional como una solución marginal, en una perspectiva de análisis económica de la profesión”, considerada en todos los aspectos como una empresa, “en tanto tal, capaz de ser sometida a las reglas del mercado” (esta era la preocupación manifestada por el comité científico de las “Jornadas europeas de deontología médica”, San Remo, 15-16 de abril de 2005).<sup>312</sup> En el maremágnum de un mercado globalizante, se anunciaba la desaparición de la ya superada “deontología ordenística”. ¿Se debía, entonces, especular una muerte de la deontología por ahogamiento?
- c) Esta “deontología ordenística”, de inmediato reconducida a la lógica de la “corporación”, recientemente ha encontrado las críticas de quien ha considerado que las reglas “impuestas” por las Órdenes profesionales han servido para justificar medidas para la protección de intereses corporativos del grupo, de manera que dan vida a “un privilegio ‘odioso’, que daña al operador de la profesión intelectual protegida”<sup>313</sup> —esta es, por ejemplo, la conclusión de Francesco Galgano—. Y de la doctrina contraria a este privilegio manifiesto hizo eco la autoridad garante de la competencia y del mercado que, con una resolución (n. 5400/97) emanada como conclusión de una “investigación cognoscitiva en el sector de las órdenes profesionales”, observaba cómo en ocasiones bajo el disfraz del interés público, se persigue la tutela de intereses privados meramente contingentes y de corto respiro que se traducen en una obstáculo para la colectividad.

<sup>311</sup> Henry Hansmann, E. Bernat, Cozimo.Marco Mazzoni, Marketing for Human Organs? en *A legal framework for Bioethics*, editado por Cozimo.Marco Mazzoni, xx-xx. La Haya: Kluwer Law International, 1998), 155.

<sup>312</sup> Esta es la preocupación manifestada por Di Aldo Pagni, a quien se refiere el autor para asentar una mirada crítica a la perspectiva de análisis económico de las profesiones. Sobre Di Aldo Pagni puede verse Toscana médica, “Ricordo di Aldo Pagni”, <http://www.toscanamedica.org/102-toscana-medica/ricordo/662-ricordo-di-aldo-pagni> (acceso julio 7, 2020).

<sup>313</sup> Francesco Galgano, “Le professioni intellettuali e il concetto comunitario di impresa”, *Contratto e impresa/Europa* (1997): 3.

Sobre el altar de un sofocante “corporativismo”, se anuncia, por lo tanto, el sacrificio de la deontología; es como decir: muera Sansón con todos los filisteos. ¿Debía, entonces, especularse una muerte de la deontología por sofocamiento?

Bien vistas las cosas a las tres interrogantes planteadas se les podía dar una única respuesta: la “muerte de la deontología” era solo una muerte anunciada. Las preocupaciones evidenciadas no debían mantenerse sin respuesta, pero ellas no afectaron las esperanzas puestas, en un principio, en los Códigos deontológicos, especialmente en el campo del tratamiento de datos personales.

- i) La tecnología —en especial, la information technology— no debía ser excluida o vista con desconfianza, pero las reglas deontológicas —específicamente las normas dictadas por el Código— estaban llamadas a afrontar los riesgos que comporta una peligrosa y posible invasión a la privacidad. La tecnología no podía y no puede pretender transformarse en “la regla”: debe continuar siendo “regulada” y la deontología siempre debe ponerse del lado del derecho en esta tarea.
- ii) El mercado no debía ser ignorado por la deontología. Al respecto se compartía la advertencia de la autoridad garante de la competencia y del mercado, consistente en orientar la reglamentación deontológica de manera que estuviera dirigida a “satisfacer exigencias de carácter general y remediar fallas de mercado (asimetrías informativas y externalidades) de significativa relevancia, que de modo contrario serían susceptibles de producir resultados inicuos e ineficientes”.<sup>314</sup> Sin embargo, la advertencia en sí misma fue menos aceptable cuando concluía que “solo” esto debía ser la orientación de las reglas deontológicas.
- iii) La “corporación” merecía ser salvaguardada, en la medida en que, liberada de los aspectos más “sindicales” —que se dejan a la competencia de los sindicatos—, demostrara estar en la capacidad de adoptar democráticamente en su interior medidas aptas para proyectarse al exterior, para beneficio de la colectividad y al servicio de la utilidad social. Para que

<sup>314</sup> Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Provvedimento n. 5400/97, Indagine conoscitiva* (Roma, 16 de octubre de 1997).

este planteamiento fuera defendible, como bien ha puntualizado Gian Domenico Comporti, era necesario que

[...] la definición, la actualización y la sanción específica de las reglas deontológicas ocurrieran siempre en función de la valoración de la corrección, seriedad y conocimiento de las relaciones con los terceros [...] en lugar que por la imposición de límites de competencia que valieran para satisfacer sólo intereses internos a la categoría.<sup>315</sup>

Por último, al observar a Europa, no se puede desconocer que siempre ha sido fuerte el viento de los entusiasmos que soplaban a favor de una omnipresencia de la tecnología y del mercado, de un liberalismo intolerante a restricciones incluso deontológicas. Pero los entusiasmos, como las modas, son pasajeros; mientras, parece duradero el compromiso de la Unión Europea, proclamado en el Preámbulo de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión, a preservar y desarrollar los valores comunes sobre los que fundamenta su patrimonio espiritual y moral y la conciencia, que deriva de ella, de que “el goce de los derechos resultantes de las tradiciones constitucionales [...] comporta responsabilidad y deberes”.<sup>316</sup>

En este contexto debía y debe ser encuadrado e interpretado el deber de tratar los datos personales según el principio de lealtad, que el Artículo 8 de la Carta impone expresamente a aquel que procese datos<sup>317</sup> y la responsabilidad que se vincula, con una validez deontológica más que jurídica. En nuestro sistema, entonces, esta responsabilidad, entendida en su dimensión deontológica, expresa en primer lugar una autorresponsabilidad que implica, según las enseñanzas de Salvatore Pugliatti,<sup>318</sup> una valoración de la oportunidad de ejecutar un determinado comportamiento para la obtención de un resultado determinado, mientras el criterio de la corrección, que alimenta las reglas deontológicas en lo que se refiere a la determinación de sus contenidos, aflora sobre el plano exquisitamente

<sup>315</sup> Puede verse Gian Domenico Comporti, “La deontologia medica nelle prospettive della pluralità degli ordinamenti giuridici ([Commento a] Corte di Cassazione, Sez. III civ., 30 luglio 2001, n. 10389)”, *Rivista italiana di medicina legale* 24, núm. 3 (2002): 864.

<sup>316</sup> Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea y Comisión Europea, *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Preámbulo.

<sup>317</sup> Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea y Comisión Europea, *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, art. 8.

<sup>318</sup> Puede verse Salvatore Pugliatti, *Gli istituti del diritto civile* (Milán: Giuffrè, 1943), 455.

jurídico, al ponerse al lado de la legalidad, cuando caracteriza la injusticia del daño desde el aspecto subjetivo del actuar *non iure*.

Este segundo enfoque sistemático, que en el pasaje de la Ley al Código parecía configurar un desafío al sistema de las fuentes del derecho y que llevaba consigo esperanzas y temores, puede encontrarse también en el nuevo enfoque europeo, aunque con diferentes formas. El Reglamento 679/2016 dedica una sección completa a los Códigos de conducta y certificación, cuya elaboración tiene como objetivo “contribuir a la correcta aplicación”<sup>319</sup> del Reglamento al especificar las obligaciones de los sujetos que realizan el procesamiento de datos personales “teniendo en cuenta el riesgo potencial para los derechos y libertades de las personas”.<sup>320</sup> En esta categoría, el Reglamento prevé la emisión de códigos nacionales sobre temas específicos (art. 40.5) y códigos que la Comisión puede decidir atribuir validez general en todo el territorio de la Unión, de acuerdo con un procedimiento específico. Además, con el Decreto 101/2018, el Legislador nacional ha transfundido parte del Artículo 12 anterior al Artículo 2 quater, contempla la cuestión de las reglas deontológicas y vincula el “cumplimiento de las disposiciones contenidas en las reglas deontológicas” (ya no son Códigos de conducta y ética) a la “legalidad y corrección del procesamiento de datos personales”, sancionando su violación con una sanción administrativa.<sup>321</sup>

Entonces, ¿la nueva disciplina supranacional (y nacional) ha asumido el reto? ¿Cuáles son las esperanzas y los temores?

### El “terreno de prueba” de la tutela resarcitoria

Al comentar sobre la transición entre la Ley y el Código de 2003, el terreno de prueba para la reconstrucción sistemática fue la perspectiva correctiva o remedial. La prioridad confirmada del respeto de los derechos, de las libertades fundamentales y de la dignidad de la persona a la cual se refieren los datos, la valoración de la actividad de quien los someta a tratamiento, no solo bajo el aspecto de la licitud, sino también en función del criterio de la corrección y la funcionalidad de los Códigos deontológicos para la concretización de los parámetros relativos

<sup>319</sup> Unión Europea, Parlamento y Consejo, *Reglamento 679/2016 (Bruselas, 27 de abril de 2016)*, art. 40.

<sup>320</sup> Unión Europea, Parlamento y Consejo, *Reglamento 679/2016*, considerando 98.

<sup>321</sup> Italia, Parlamento de la República, *Decreto Legislativo 196/2003*, art. 166.

de valoración son elementos que concurrían a atribuir al Código de 2003 una fisonomía precisa, la cual era reproducida y ulteriormente desarrollada por el régimen jurídico de la tutela resarcitoria.

El Artículo 15 del viejo Código unificó las dos normas dedicadas a dicha tutela por la Ley 675/1996 y pretendía favorecer una consolidación normativa que permitiera delinear un sistema de responsabilidad coherente.

No era necesariamente una responsabilidad profesional. Se leía que cualquiera podía ser considerado responsable, incluso aquellos que llevan a cabo el tratamiento “con fines exclusivamente personales”<sup>322</sup> y estaba obligado a compensar tanto los daños patrimoniales como los no patrimoniales.

El anclaje en el Artículo 2050 del Código Civil italiano sirvió para calificarla como una responsabilidad extracontractual, pero desde el punto de vista de la carga de la prueba, el correspondiente criterio de imputación sirvió para acercarlo a la responsabilidad contractual, delineando una perspectiva de superar la zanja tradicional que divide los dos modelos de responsabilidad; esta perspectiva se acentuó por la referencia a la regla de corrección, tradicionalmente vinculada a la estructura de la relación obligatoria.

La prueba liberatoria permitida al dañante mostraba un coeficiente de flexibilidad que comportaba un cambio o redimensionamiento drástico de una “valla” doctrinal histórica: la responsabilidad entre la culpa y la responsabilidad objetiva. Se ofreció a la jurisprudencia un amplio margen de maniobra, en relación con el grado de profesionalidad del dañante y los fines del tratamiento: en los dos extremos se ubicaban las hipótesis de una empresa estructuralmente organizada para el tratamiento de datos personales, respecto a las cuales la responsabilidad tendía a volverse objetiva, y las hipótesis de tratamiento no profesional correspondiente a “cualquiera”, respecto a las cuales el criterio de imputación de la responsabilidad, aunque siempre reforzado por la inversión de la carga de la prueba, tendía a regresar a la órbita de la culpa.

El papel desempeñado por la injusticia del daño asumía una fisonomía peculiar. El perfil subjetivo de la actividad *non iure* abarcaba los comportamientos configurables *ex ante* como ilícitos y los comportamientos que, de acuerdo con la regla de la corrección, resultan *ex post* abusivos. A pesar de las incertidumbres

322 Italia, Parlamento de la República, *Decreto Legislativo 196 de 2003*, art. 5, párr. 3.

expresadas en la doctrina, este perfil parece tener que integrarse con el perfil objetivo de una actividad *contra ius* que, según el marco sistemático aquí presentado, estaba representado por comportamientos lesivos de los derechos, de las libertades fundamentales y de la dignidad de la víctima de daños.

Con base en esta integración, en opinión del autor, al evaluar la injusticia del daño debía interpretarse la provisión de la indemnización de daños no patrimoniales (del precedente art. 15, párr. 2). Se trataba de un pronóstico que, cuando se formuló en el Artículo 29 de la Ley 675/1996 como uno de los “casos determinados por la ley” (de conformidad con el art. 2059, CC), había asumido el papel de medida anticipatoria del revirement jurisprudencial operado por la Corte de Casación en las sentencias conocidas de 2003 y que ahora, perfeccionada por este Código con la mencionada *reductio ad unum* en los dos párrafos del Artículo 15 —de los daños causados por el procesamiento de datos personales— se prestaba a asumir el nuevo papel de índice normativo de confirmación reglamentario y, al mismo tiempo, debido al carácter fundamental de los derechos o las libertades lesionados, de criterio general de delimitación del área de daños no patrimoniales que pueden resarcirse siempre que el lesionado no se hubiera comportado “de manera lícita y correcta” y no hubiera observado las otras “modalidades de tratamiento” enumerados en el Artículo 11.

Tras la entrada en vigor del Reglamento europeo, el Decreto Legislativo 101/2018 derogó el Artículo 15 del Código. El tema ahora está regulado por el GDPR, que afirma el derecho de “cualquier persona que sufra un daño (material o inmaterial) causado por la violación del Reglamento” para obtener una indemnización “del titular del tratamiento o del responsable”,<sup>323</sup> mediante una demanda ante las autoridades jurisdiccionales nacionales competentes (art. 82, num. 1). Aunque la referencia al Artículo 2050 del Código Civil se haya eliminado para dejar lugar a una norma uniforme en todo el territorio de la Unión Europea, aún por incorporarse en las culturas jurídicas nacionales, ¿puede haber una coherencia sustancial con el enfoque precedente? ¿Se puede decir que el nuevo Artículo 82 se halla inspirado hasta cierto punto en el Artículo 2050? ¿Se puede seguir argumentando que la perspectiva correctiva o remedial refleja la fisonomía “relacional” de todo el sistema?

323 Unión Europea, Parlamento y Consejo, *Reglamento 2016/679*, art. 82.

## ¿Un nuevo modelo sobre fundamentos antiguos? La protección de la persona en la economía digital

La entrada en vigor del GDPR no solo ha marcado la temporada de la uniformización de la legislación europea sobre la protección de datos personales, sino que en muchos aspectos ha sido una innovación en la técnica legislativa para regir el advenimiento de la digitalización de la información.

Teniendo en cuenta la circulación ineluctable de datos personales, las nuevas posibilidades de recopilación y uso que ofrece la evolución tecnológica y la globalización, el Reglamento pretende crear un marco más sólido y coherente para garantizar, por un lado, un mayor control de datos personales por parte de las personas y, por otro, mayor seguridad jurídica para las personas físicas, los operadores económicos y las autoridades públicas.<sup>324</sup>

La atención a la dimensión no solo personalista, sino también económica, se expresa en muchos pasajes del texto, en particular, en los Considerandos 5 y 6. Por otra parte, la necesidad de un nuevo modelo de regulación se deriva de la centralidad de la explotación de los datos por la economía digital y por las preocupaciones relacionadas con la protección de la persona.<sup>325</sup> Ante la posible expropiación del derecho por parte de la tecnología, por la que el dato personal especialmente en la dimensión digital, se convierte en una abstracción privada de la individualidad y, por lo tanto, de la dignidad, y las posibles compresiones de libertad derivadas de una especie de control generalizado y ubicuo sobre el ciudadano, Europa opone un modelo de governance que “vuelve a diseñar, a partir de la protección de datos, los límites de lo que es técnicamente posible a la luz de lo que es jurídica y éticamente aceptable”.<sup>326</sup>

En este contexto, no es difícil ver una confirmación definitiva de aquella lectura relacional del modelo legislativo de protección, que se desprende con claridad del Considerando 4 del Reglamento, referente a la función social (sin

<sup>324</sup> Unión Europea, Parlamento y Consejo, *Reglamento 679/2016*, considerando 7.

<sup>325</sup> En este sentido, Franco Pizzetti, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, ed. Franco Pizzetti (Turín: Giappichelli, 2018).

<sup>326</sup> Se trata de las palabras del presidente de la Autoridad de Protección de Datos de Italia, Antonello Soro, “La protezione dei dati personali nell’era digitale”, *La nuova giurisprudenza civile commentata* 35, núm. 2 (2019): 343-346.



embargo, no parece referirse al Artículo 42 de la Constitución italiana, como lo demuestran las traducciones del GDPR, como “function in society” en inglés, “fonction dans la société” en francés, y “función en la sociedad” en español) del derecho a la protección de datos personales, que no es “una prerrogativa absoluta” y que “debe conciliarse con otros derechos fundamentales, de conformidad con el principio de proporcionalidad”.<sup>327</sup> La confirmación de ese enfoque también es evidente en numerosas normas, por ejemplo, las concernientes a disposiciones relativas a “situaciones de tratamiento específicas” en las que es necesario conciliar la protección de datos personales con otros derechos o intereses. Es emblemático el Artículo 85 del GDPR que obliga a los Estados miembros a conciliar la protección de los datos personales con el derecho a la libertad de expresión e información, incluido el tratamiento con fines periodísticos o de expresión académica, artística o literaria.

Sin embargo, una vez que se elimina la opción de “protección a ultranza” del derecho, es aconsejable, detenerse en los contenidos renovados del modelo, para evitar que la dialéctica entre persona y mercado en el ordenamiento de la Unión Europea corra el riesgo de “subvertir el principio personalista”.<sup>328</sup> Aunque toda la disciplina está en función de la protección de la persona, en el GDPR no se encuentra la referencia a la dignidad de la persona como la base de todo el sistema normativo (la dignidad se cita solo en el art. 88, GDPR sobre el procesamiento de datos en el contexto de las relaciones del trabajo). En cambio, se lee la expresión enigmática de que “el procesamiento de datos personales debe estar al servicio del hombre”.<sup>329</sup> Como para compensar esta falta, el Legislador italiano reafirma la dignidad de la persona en el artículo inicial del nuevo Código.

Los riesgos mencionados de retroceso de la protección de la persona frente a intereses puramente económicos son aún más evidentes en la disposición del párrafo 3 del Artículo 1 del GDPR, en el que se afirma que la libre circulación de datos personales en la Unión “no puede limitarse ni prohibirse por motivos relacionados con la protección de las personas con respecto al procesamiento

<sup>327</sup> Unión Europea, Parlamento y Consejo, *Reglamento 2016/679*, considerando 4.

<sup>328</sup> Se trata del temor expresado por F. Bravo sobre el equilibrio proporcional de los derechos y libertades “fundamentales”. Fabio Bravo, “Sul bilanciamento proporzionale dei diritti e delle libertà ‘fondamentali’, tra mercato e persona: nuovi assetti nell’ordinamento europeo?”, *Contratto e impresa*, núm. 1 (2018): 207.

<sup>329</sup> Unión Europea, Parlamento y Consejo, *Reglamento 679/2016*, considerando 4.

de datos personales”,<sup>330</sup> que forma parte de la relación atormentada entre los derechos fundamentales y las libertades económicas de los tratados y, al menos *prima facie*, parece demandar al único Legislador europeo la regulación de los supuestos de colisión entre la libre circulación de datos y la protección de datos personales en función de la regulación del mercado. Con una mirada más cercana, la formulación no muy feliz de la norma se deriva de la dimensión patrimonial cada vez más clara del tema de la circulación de los datos personales, innegable incluso de la observación de la dinámica de comercialización de productos y servicios en línea y de la correspondiente necesidad de regular los nuevos mercados vinculados a la explotación y el procesamiento de datos personales.<sup>331</sup>

El desafío de proteger a la persona en tales contextos se presenta en el plano de los mecanismos atribuidos al individuo por el ordenamiento para controlar el flujo de información que le concierne, a menudo sujeto a dinámicas de oferta y demanda, según la lógica de “intercambio”, como subrayó recientemente la Corte de Casación italiana, según la cual “el ordenamiento jurídico no prohíbe el intercambio de datos personales, pero requiere sin embargo que este intercambio sea el fruto de un consenso total y de ninguna manera forzado”.<sup>332</sup> De hecho, la propuesta comercialización y patrimonialización de los datos personales contrasta con un enfoque personalista —cuyas posiciones de apoyo se ubican en un espectro de intensidad variable— basado en el consentimiento libre de la parte interesada para el procesamiento de datos personales cuya obligatoria revocabilidad *ad nutum*, aun en el campo de las relaciones sinalagmáticas, representaría la garantía real de la dignidad de la persona, como sucede con el ejercicio de otros derechos de la personalidad; tal es el caso de los Artículos 96 y 97 de la ley italiana sobre derechos de autor, Ley 633 de 1941. También se señala que, para categorías particulares de datos personales, como los datos genéticos, existen otras medidas para prevenir el abuso, derivados del alto riesgo para la persona.

<sup>330</sup> Unión Europea, Parlamento y Consejo, *Reglamento 679/2016*, art. 1, párr. 3.

<sup>331</sup> Una investigación reciente del fenómeno puede verse en Alberto Franceschi, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto* (Nápoles: Scientifiche italiane, 2017), 1 y ss.

<sup>332</sup> Ver Italia, Corte Suprema de Casación, *Sentencia 17278*, del 2 de julio de 2018.

Sobre este tema, puede verse también Vincenzo Zeno Zenconovich, “Volontà e consenso nella fruizione di servizi in rete”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (2018): 411; Fabio Bravo, “Lo ‘scambio di dati personali’ nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell’interessato tra autorizzazione e contratto”, *Contratto e impresa* 35, núm. 1 (2019): 34-58.

En este sentido, surgen dos dudas: la primera está relacionada con el hecho de que en la estructura del Reglamento el consentimiento representa solo una de las condiciones de legalidad del procesamiento de datos personales (de conformidad con el art. 6, GDPR), mientras hay menos garantías en casos en los que, por ejemplo, el procesamiento es necesario para la búsqueda del interés legítimo del titular y de terceros, que según el Considerando 47 del GDPR también puede consistir en el procesamiento de datos personales con fines de mercadeo directo (aunque después de un examen de la necesidad del tratamiento, de la legitimidad del interés y del balance o de la ponderación con los intereses, los derechos y las libertades fundamentales del interesado, según lo requiere el art. 6, párr. 1, lit. f); la segunda se refiere a la lamentable inadecuación de dicha regla ante los escenarios proyectados por el desarrollo de sistemas de inteligencia artificial, cuyas lógicas de tratamiento todavía no son todavía suficientemente transparentes, y por la ubicuidad y omnipresencia de la recopilación de datos personales derivados de la Internet de las cosas, donde la libre prestación de consentimiento parece de facto un ejercicio difícil y puede prestarse al abuso.<sup>333</sup>

Sin que sea posible aquí profundizar en las soluciones propuestas,<sup>334</sup> de las consideraciones sintéticas se desprende que una protección efectiva de la persona solo puede existir si el modelo relacional declarado está firmemente basado en el respeto de la dignidad de la persona.

Estas incertidumbres se ven contrarrestadas por algunas elecciones hechas por el Legislador supranacional que, además de especificar el contenido de los derechos de la parte interesada (Capítulo III, GDPR), prefieren un modelo de responsabilidad dirigido a la prevención del daño y a la gestión del riesgo en función de la protección de la persona.<sup>335</sup> La conciencia de no poder dejar a la sola autodeterminación del individuo algunas decisiones relacionadas con la información que le concierne en situaciones complejas y poco transparentes ha conducido a que el marco regulatorio actual responsabilice a los sujetos que

<sup>333</sup> En este sentido, Erica Palmerini, "I confini del digitale. Nuovi scenari per la protezione dei dati" (ponencia presentada en Giornata europea della protezione dei dati personali, Roma, 29 de enero, 2019).

<sup>334</sup> Ver Václav Janeček y Gianclaudio Malgieri, "Data Extra commercium", en *Data as Counter-Performance-Contract Law 2.0?*, eds. S. Lohsse, R. Schulze y D. Staudenmayer (Baden: Nomos, 2019), .

<sup>335</sup> Para una investigación sobre este enfoque, ver Alessandro Mantelero, "Responsabilità e rischio nel Reg. UE 2016/679", *Le nuove leggi civili commentate*, núm. 1 (2017): 146.

llevan a cabo el tratamiento. En este sentido, cobra relieve el principio de responsabilidad, expresado en el Artículo 5.2 y referido por el Artículo 24, que establece para el titular del tratamiento de datos una responsabilidad general por cualquier tratamiento, incluido el delegado, y deja a este último la elección de las medidas técnicas y organizativas más adecuadas para garantizar el cumplimiento del Reglamento y evitar el riesgo “para los derechos y las libertades de las personas físicas”.<sup>336</sup> Dicha norma, sumada a mecanismos como la evaluación de impacto de la protección de los datos personales, prevista en el Artículo 35 del GDPR; el mantenimiento de un registro de tratamiento; la adopción de medidas de seguridad proporcionales a los riesgos, y la necesidad de poner en práctica e incluso incorporar las medidas para la protección de los datos personales de la fase de diseño de un bien o servicio (expresados por los principios de *privacy by design* y *privacy by default* a los que se hace referencia en los artículos 25 ss., GDPR), ponen en evidencia el enfoque preventivo y procesal del nuevo Reglamento.

Dados los nuevos riesgos y los posibles perjuicios derivados del procesamiento de datos personales, el nuevo Reglamento responsabiliza a la persona que lleva a cabo estas actividades, quien debe demostrar que ha implementado medidas proporcionales y efectivas. Un elemento para demostrar el cumplimiento de las obligaciones establecidas por el Reglamento es la adhesión a los “códigos de conducta” y a los “mecanismos de certificación”.<sup>337</sup> La dimensión ética y deontológica integra y especifica las obligaciones del titular del tratamiento de datos, sobre todo en un contexto tecnológico en continuo desarrollo; esto confirma la continuidad con el enfoque sistemático que ya se podía leer en la disciplina anterior.

Desde el punto de vista de las fuentes del derecho, el GDPR se caracteriza por una arquitectura multinivel, que demanda la integración y la especificación de algunas normas “a múltiples sujetos” (incluida la Comisión, los Estados miembros y las autoridades de control) y fuentes (reglas implementadas, actos delegados, disposiciones nacionales, códigos de conducta y certificación) “para asegurar un nivel adecuado de protección a las partes interesadas”.<sup>338</sup> Entre estas,

<sup>336</sup> Unión Europea, Parlamento y Consejo, *Reglamento 679/2016*, considerando 74.

<sup>337</sup> Unión Europea, Parlamento y Consejo, *Reglamento 679/2016*, art. 24, párr. 3.

<sup>338</sup> Así, Dianora Poletti, “Comprendere il Reg. UE 2016/679: un'introduzione”, en *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, eds. Alessandro Mantelero y Dianora Poletti (Pisa: University press, 2018), 13.

la nueva disciplina refuerza el papel de los códigos de conducta y los mecanismos de certificación, tanto nacionales como los que tienen validez en el territorio de la Unión, para integrar el precepto normativo, en “continuidad tendencial con el régimen anterior”.<sup>339</sup> Si el impulso para adoptar los códigos se deja a la autonomía privada, la fase constitutiva de los códigos ha sido descrita (salvo por algunas excepciones, previstas en el párr. 3 del art. 3) como un proceso de “corregulación”.<sup>340</sup> De manera similar, el GDPR contempla la posibilidad de adherir a mecanismos de certificación, sellos y marcas comerciales para demostrar el cumplimiento del GDPR. El Reglamento establece expresamente un valor probatorio de estos mecanismos, pero menos claro es el régimen de responsabilidad que deriva de la violación de los mismos (*rectius*, de los códigos de conducta). A pesar de tanta atención a la elaboración de las indicaciones por medio de normas deontológicas, sigue existiendo el temor de una excesiva confianza en la regulación privada que, en los mecanismos del nuevo sistema normativo, puede correr el riesgo de ser delegado de un amplio poder de concreción de los preceptos legislativos, aunque desde una perspectiva de gestión del riesgo para una protección más efectiva de la persona. El requisito del GDPR de definir “procedimientos extrajudiciales y otros procedimientos para resolver las controversias entre los titulares del tratamiento e interesados”<sup>341</sup> refuerza dichos temores.

El Legislador italiano, a diferencia del europeo, amplió la lista de tales instrumentos en las áreas de competencia. Este es el caso de las normas deontológicas a las que se hace referencia en el Artículo 2-*quater*, promovido por el garante y sometido a consulta pública y recuerda (como en el Código nacional “antiguo”) el enlace con la “licitud y corrección del tratamiento de los datos personales”.<sup>342</sup> Se trata de reglas diferentes de los códigos de conducta, tanto para los sujetos

<sup>339</sup> Paolo Passaglia, “Il sistema delle fonti normative in materia di tutela dei dati personali”, en *I dati personali nel diritto europeo*, eds. Vincenzo Cuffaro, Roberto D’Orazio y Vincenzo Ricciuto (Turín: Giappichelli, 2019), 118.

<sup>340</sup> Para una reconstrucción Maria Concetta Causarano, “GDPR e forme di autoregolamentazione privata: continuità e discontinuità nella disciplina dei codici di condotta”, en *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, eds. Alessandro Mantelero y Dianora Poletti (Pisa: University press, 2018), 247.

Para la función de aprobación, registro y publicación de códigos de parte de las autoridades de control (en Italia, el garante de privacidad), dado que la supervisión de los códigos aprobados puede ser remitida a organismos privados.

<sup>341</sup> Unión Europea, Parlamento y Consejo, *Reglamento 679/2016*, art. 40.2.

<sup>342</sup> Unión Europea, Parlamento y Consejo, *Reglamento 679/2016*, art. 2 quater similarmente al “viejo” Código nacional.

que tendrán que promoverlos y elaborarlos como para los procedimientos de emanación, y quizá surgirá el problema de coordinación con los códigos de conducta del GDPR, cuando exista una superposición por materia.<sup>343</sup>

En cuanto al terreno de pruebas de responsabilidad civil, se aprecia una continuidad sustancial con el enfoque anterior, si se observa desde la perspectiva de un modelo relacional de tutela de la persona. Bajo el nuevo Artículo 82 del GDPR (puntualmente recordado por el art. 152 del nuevo Código), sigue siendo la inversión de la carga de la prueba que pesa sobre las dos figuras delineadas en el Reglamento: el titular y el responsable del tratamiento, que pueden estar exentos de la responsabilidad solo demostrando que el evento dañino no les es imputable y que han tomado todas las medidas apropiadas para evitar el daño,<sup>344</sup> en coherencia con el modelo del Artículo 2050 del Código Civil italiano, y que el Artículo 15 del Código nacional “antiguo” mencionaba expresamente y que ahora puede considerarse sustancialmente incluido en el Artículo 82 del GDPR. El perfil innovador parece estar representado por una lectura combinada del principio de “accountability” del titular del tratamiento con el valor probatorio de las reglas y los códigos deontológicos respecto a las peculiaridades del tratamiento y las exigencias de tutela que subyacen en relación con otros intereses en conflicto. En última instancia, aunque el nuevo marco regulatorio prefiere un paradigma preventivo y procesal, en lugar de remedial, será necesario coordinar la interpretación de estas reglas con un modelo de responsabilidad civil orientado a ofrecer una protección efectiva a la víctima, para poder evaluar *ex post* si la conducta realizada da lugar a responsabilidad<sup>345</sup> sobre la base de las elecciones éticas y jurídicas postuladas *ex ante*. El Artículo 82 del GDPR también admite la compensación por daños patrimoniales y no patrimoniales (material e inmaterial, en

<sup>343</sup> En este sentido, Franco Pizzetti, “GDPR e intelligenza artificiale. Codici di condotta, certificazioni, sigilli, marchi e altri poteri di soft law previsti dalle leggi nazionali di adeguamento: strumenti essenziali per favorire una applicazione proattiva del Regolamento europeo nell’epoca della IA”, en *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, eds. Alessandro Mantelero y Dianora Poletti (Pisa: University press, 2018), 69 y ss.

<sup>344</sup> Sobre este tema, puede verse Salvatore Sica, “La responsabilità civile per il trattamento illecito dei dati personali”, en *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, eds. Alessandro Mantelero y Dianora Poletti (Pisa: University press, 2018), 161 y ss.; Unión Europea, Parlamento y Consejo, *Reglamento 679/2016*, art. 82, párr. 2-3; *Reglamento 679/2016*, art. 24.

<sup>345</sup> Sobre el tema, pueden verse las reflexiones de Giovanni Comandé, “Responsabilità ed accountability nell’era dell’Intelligenza Artificiale”, en *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell’epoca del diritto liquido Studi in onore di Roberto Pardolesi*, eds. Francesco di Ciommo y O. Troiano (Piacenza: La Tribuna, 2018), 1001.

la formulación del GDPR), de conformidad con las disposiciones del “antiguo” Artículo 15 del Código.

### Consideraciones conclusivas

En esta contribución se ha tratado de indagar si los enfoques sistemáticos de reconstrucción de un modelo relacional de tutela de los datos personales, que ya se ha encontrado *in nuce* en la disciplina anterior, se han mantenido en el nuevo marco regulatorio, que aparece como una interpolación de elementos antiguos y nuevos.<sup>346</sup>

El desafío europeo de proponer un modelo para regular la circulación de datos, en el que la protección de los derechos de la persona esté efectivamente garantizada, depende de la prueba de los hechos. Además, se caracteriza por la previsión de una aplicación territorial de la regulación amplia y omnicomprendensiva que considera la dimensión global de dicha circulación (art. 3, GDPR).

En estas páginas se ha intentado demostrar cómo tal propósito solo puede mantenerse mediante un anclaje firme de las opciones normativas, interpretativas y aplicables a la dignidad de la persona, aunque sea en una perspectiva relacional.

Si se gana, el desafío podría llevar a un modelo capaz de convertirse en un punto de referencia para otros ordenamientos.

<sup>346</sup> Según lo recordado por Viktor Mayer-Schönberger y Yann Padova, “Regime change? Enabling Big Data Through Europe’s New Data Protection Regulation”, *The Columbia Science & Technology Law Review* 17 (2016): 324.

